



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.802 - SP (2017/0034223-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABIGAIL DEL ANGELO DA ROCHA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 1 ANO, 11 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. ACUSADA PRESA COM PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. PACIENTE PRIMÁRIA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719 do STF.

4. No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

através da Resolução n. 5/2012.

5. Hipótese em que, considerando a pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a primariedade da acusada e a pequena quantidade da droga apreendida (13,7 *gramas de cocaína*), deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para cumprimento da pena e substituída a pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, ante o início da execução provisória.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando para estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.802 - SP (2017/0034223-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABIGAIL DEL ANGELO DA ROCHA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de ABIGAIL DEL ANGELO DA ROCHA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (apelação n. 0109126-44.2014.8.26.0050).

Infere-se dos autos que a paciente foi condenada, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2011, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, sendo-lhe concedido o direito de apelar em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação que foi desprovido pelo Tribunal de origem, que determinou o imediato cumprimento da pena com base no entendimento firmado no HC n. 126.292/SP, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 28):

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Recursos defensivos. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas, o que refuta a tese desclassificatória para consumo pessoal. Pretendida desclassificação para o delito do art. 37 (ALEXANDRE). Inviabilidade, porquanto demonstrado que o agente não atuou como mero colaborador do tráfico. Dosimetria: redução do incremento operado pela reincidência de ALEXANDRE. Penas reduzidas. Regime preservado. Inaplicabilidade das benesses do CP, art. 44. Isenção de custas processuais. Inocorrência. Inteligência da Lei nº 1.060/50, art. 12. Parcial provimento ao apelo de ALEXANDRE. Expedição, desde logo, independentemente do trânsito em julgado, de mandados de prisão.

Na presente impetração, a defesa alega, em síntese, que as instâncias ordinárias impuseram constrangimento ilegal à paciente, na medida em que elevaram em 1/6 a pena-base da paciente e impuseram o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, embora seja a ré primária e tenha sido surpreendida com apenas 13,7 g de cocaína.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta, ainda, ser inidôneo o fundamento apresentado pelo acórdão impugnado para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ao final, formula pedido liminar para que a paciente possa aguardar em liberdade o julgamento deste *writ*, expedindo-se contramandado de prisão. No mérito, pede a alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.802 - SP (2017/0034223-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpra analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca-se a alteração do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Dessume-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, sendo-lhe ainda negado a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em relação ao regime prisional, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, apesar do *quantum* da pena aplicada, o regime fechado foi determinado pelo sentenciante e mantido pelo acórdão recorrido sem a apresentação de fundamentação idônea, pois, como visto, a gravidade abstrata do crime não constitui motivação suficiente para a fixação de regime mais gravoso.

Assim, considerando a pena de 1 ano, 10 meses e 10 dias de reclusão, a primariedade da acusada e a pequena quantidade da droga apreendida (13,7 gramas de cocaína), deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Nessa linha, destaco:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. NATUREZA NOCIVA. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉ PRIMÁRIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve expor motivadamente sua escolha, atento às diretrizes do art. 33 do Código Penal, e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

6. Nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF, o regime mais gravoso exige fundamento idôneo, não constituindo motivo idôneo a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito.

7. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, verificada a primariedade da agente e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de droga apreendida (1,9g de cocaína e 26,4g de crack), a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena da paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão, mais pagamento de 213 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo de execução. (HC 366.112/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016) - grifei.

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012.

Na hipótese, mais uma vez considerando a pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, a primariedade da acusada e a pequena quantidade da droga apreendida (13,7 gramas de crack), a pena corporal deve ser substituída por duas medidas restritivas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, ante o trânsito em julgado da condenação.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTOS DO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 440 DO STJ E SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA NÃO EXPRESSIVA. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES.

3. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

4. No caso, estabelecida a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 10 (dez) pinos plásticos de cocaína (6,5g) e uma porção de maconha (3,6g), a teor do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

5. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo da execução.
(HC 354.176/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA
TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 28/06/2016)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício**, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, estabelecer, em favor da ora paciente, o regime aberto para início do cumprimento da pena e substituir a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execução Penais.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0034223-2

HC 388.802 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01091264420148260050 1091264420148260050 20160000829846

EM MESA

JULGADO: 20/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ABIGAIL DEL ANGELO DA ROCHA
CORRÉU	: ALEXANDRE BORGES DE CARVALHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Mussi.